

SEÇÃO V – DIREITO PÚBLICO**SUBSEÇÃO I – DIREITO PÚBLICO CONSTITUCIONAL****1. ARTIGOS****O PÓS-POSITIVISMO E A NORMATIVIDADE DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS****FABIANO MENDES CARDOSO**Promotor de Justiça do Estado de Minas Gerais
Pós-graduando em Direito Civil e Processual Civil

SUMÁRIO: 1.Introdução. 2. Evolução Histórica. 3. Distinção entre Regras e Princípios. 3.1. Considerações Iniciais. 3.2. A Teoria de Ronald Dworkin. 3.3. A Teoria de Robert Alexy. 4. Implicações de Ordem Prática. 5. Conclusão. 6. Bibliografia.

1. Introdução

Entende-se hodiernamente que os valores ideológicos, filosóficos, humanitários, econômicos, sociais e outros encontrados nas constituições contemporâneas, não representam somente ideais ou utopias a serem alcançados, e sim, diretrizes e comandos direcionados a todos os operadores do Direito. Tais valores geralmente são incorporados nos textos constitucionais, através dos denominados princípios jurídicos, que de certa forma, evidenciam a existência de uma sociedade plural e aberta, onde interesses diferenciados ou até antagonísticos se apresentam. Assim, os juristas contemporâneos devem dedicar especial atenção a esses princípios, daí a importância do presente estudo, com vistas ao aprofundamento e equacionamento do tema. Sobre a relevância do caráter normativo dos princípios, cumpre destacar as brilhantes palavras de Bonavides (2003):

A importância do assunto é fundamental, ocupando cada vez mais a atenção dos juristas. Sem aprofundar a investigação acerca da função dos princípios nos ordenamentos jurídicos não é possível compreender a natureza, a essência e os rumos do constitucionalismo contemporâneo.

É importante salientar que os princípios estabelecidos na Constituição, que é o fundamento de validade e norte interpretativo de outras normas jurídicas, são de capital importância para a hermenêutica constitucional. Objetiva, pois, o presente estudo demonstrar que os princípios constitucionais possuem normatividade, devendo, portanto, ser considerados e aplicados como normas jurídicas, com as características inerentes a elas, na esteira do entendimento doutrinário sobre o tema. A metodologia utilizada foi a pesquisa de doutrina e jurisprudência sobre o assunto enfocado, especialmente literatura especializada em Direito Constitucional, como a obra de Bonavides (2003), o estudo dos eminentes juristas Barroso (2003) e Heck (2003), além de imersão nas obras de Alexy (1992) e Dworkin

(2002), quando útil ao aprofundamento do tema.

2. Evolução Histórica

Para Bonavides (2003), a juridicidade dos princípios atravessou três fases distintas, a saber: a jusnaturalista, a positivista e a pós-positivista. A primeira, denominada jusnaturalista, preconizava que os princípios possuíam uma normatividade quase inexistente e obscura, o que divergia de sua característica axiológica, inspiradora dos postulados de justiça. A partir do século XVI, visando afastar-se do dogmatismo medieval, da supremacia teológica cristã e do absolutismo dos reis, surge a base filosófica do jusnaturalismo moderno, permeada pelos ideais da justiça e da liberdade, e na crença de que o homem possui direitos naturais, independentemente de sua posituação nas leis escritas. Essa vertente perdurou por longo período, até o advento da Escola Histórica do Direito, nas últimas décadas do século XIX, precursora do positivismo jurídico. No início do século XX, através principalmente do filósofo do Direito italiano Del Vecchio, citado por Bonavides (2003), buscou-se uma retomada da idéia jusnaturalista, mediante uma reanálise da temática dos princípios. Esse ressurgimento do jusnaturalismo, no século passado, trouxe a produção de reflexões importantes, em especial na Alemanha, onde para os jusnaturalistas, o ideal de justiça constitui o cerne dos princípios gerais do Direito.

A segunda fase da teorização dos princípios, caracterizada pela codificação das leis e pelo declínio do Direito Natural clássico, vem a ser a juspositivista, através do advento da Escola Histórica do Direito. Para Bonavides (2003): “[...] o juspositivismo, ao fazer dos princípios na ordem constitucional meras pautas programáticas supral legais, tem assinalado, via de regra, a sua carência de normatividade, estabelecendo, portanto, a sua irrelevância jurídica [...]”. Nessa fase, de acordo com Barroso (2003), caracterizada pela idéia da existência de um juiz imparcial e neutro, formulou-se um entendimento sobre o Direito, mediante algumas premissas básicas: “[...] a) caráter científico, b) emprego da Lógica Formal; c) pretensão da completude; d) pureza científica; e) racionalidade da lei e neutralidade do intérprete [...]”. Acrescenta ainda o jurista que o positivismo jurídico possui como características a aproximação quase plena entre Direito e norma; a afirmação da estatalidade do Direito; a completude do ordenamento jurídico e o formalismo. A superação do positivismo e a ascensão da etapa doutrinária seguinte podem ser assim explicadas:

[...] Sem embargo da resistência filosófica de outros movimentos influentes nas primeiras décadas do século XX, a decadência do Positivismo é emblematicamente associada à derrota do Fascismo na Itália e do Nazismo na Alemanha. Esses movimentos políticos e militares ascenderam ao poder dentro do quadro de legalidade vigente e promoveram a barbárie em nome da lei [...]. Ao fim da II Guerra Mundial a idéia de um ordenamento jurídico indiferente a valores éticos e da lei como uma estrutura meramente formal, uma embalagem para qualquer produto, já não tinha mais aceitação no pensamento esclarecido [...]. (BARROSO, 2003).

A terceira fase é a do pós-positivismo, relacionada diretamente com as novas constitui-

ções promulgadas, no último século. Esse movimento caracterizou-se principalmente pela prevalência valorativa dos princípios, constituídos como pilares sob os quais edificou-se o arcabouço jurídico dos novos sistemas constitucionais. Para o jurista Leite (2003):

Então, com o Pós-Positivismo, quando se afirma que determinadas normas encerram princípios – e com mais razão princípios constitucionais –, pretende-se sedimentar a idéia de que eles não são meros dizeres imbuídos de valores coletivos a serem perseguidos ou não pelos seus destinatários, a seu talante e conforme suas conveniências. Não são simples recomendações utilizáveis na ocasião de insuficiência regulatória dos diplomas legais [...].

Dworkin (2003) defende a necessidade de considerar os princípios como direito, refutando o velho positivismo legalista e ortodoxo e reconhecendo “[...] a possibilidade de que tanto uma constelação de princípios quanto uma regra positivamente estabelecida podem impor uma obrigação legal [...]”.

É importante ainda salientar a contribuição decisiva de Alexy (1997) para a construção de uma teoria normativa dos princípios, erigidos, a partir de então, à categoria de normas jurídicas dotadas de congruência e imperatividade, mediante uma reflexão profunda e aperfeiçoada. Assim, através da consolidação do Pós-Positivismo, que certamente não fica alheio a críticas, foram construídas as bases para destacar-se, no ordenamento jurídico, dentro do gênero *normas jurídicas*, duas espécies normativas, *os princípios e as regras*, cada qual com suas características e funcionalidade próprias.

3. Distinção entre Regras e Princípios

3.1. Considerações Iniciais

Diante de determinada situação concreta, colocada sobre a análise jurídica, pode ocorrer que dois ou mais princípios, mesmo de conteúdos colidentes, possam potencialmente ser aplicados, surgindo a necessidade de compatibilização entre eles, através de instrumentos próprios da interpretação constitucional. A utilização desses mecanismos, para a implementação dos princípios constitucionais, decorre da diferença ontológica e axiológica deles em relação às regras jurídicas, pois, ao contrário delas, os princípios constitucionais possuem alto teor de abstração, no sentido de não se referirem a uma determinada situação fática.

As regras jurídicas, por outro lado, conforme construção teórica elaborada, cujo expoente principal é Dworkin, possuem aplicação integral ou não (*applicable in all-or-nothing fashion*) e, portanto, a convivência entre elas é antinômica, extraindo-se a idéia de que, verificado o conflito entre elas, uma afasta a aplicação da outra. Diferentemente, em relação à aplicação dos princípios, permite-se o balanceamento do conteúdo, no momento da concretização pelo intérprete, através da ponderação dos valores neles inseridos, mesmo que conflitantes. Impõe enfatizar que, apesar dos diferentes critérios utilizados para efe-

tuar a distinção entre regras e princípios jurídicos, inclusive e precipuamente os constitucionais, ambos estão inseridos no conceito mais amplo de normas jurídicas.

Heck (2003), em proífico estudo sobre a teoria de Alexy, informa-nos que o autor alemão apresenta três teorias diferentes para a distinção entre regras e princípios. A primeira defende a tese da *semelhança de famílias*, sob o argumento de que a tentativa de dividir as normas jurídicas em duas classes é equivocada, em face da multiplicidade de contrastes e semelhanças encontradas no interior da classe de normas. A segunda tese, denominada *separação fraca*, seria aquela que considera possível a distinção das normas jurídicas em regras e princípios, mas não com a abrangência defendida pela terceira vertente, a *tese da separação forte*. Seu maior defensor é, sem dúvida, Dworkin, e, diante da magnitude e expressão, torna-se imprescindível dedicarmos especial atenção à sua teoria.

3.2. A Teoria de Dworkin

A teoria de Dworkin constitui-se em duas partes principais. A primeira fundamenta a diferenciação entre regras e princípios. As regras são aplicáveis de uma forma tudo-ou-nada (*all-or-nothing fashion*), no sentido de que, havendo a possibilidade de aplicação de duas regras conflitantes para o mesmo caso concreto, somente uma é válida e, portanto, a outra é excluída. Diferentemente, no momento da aplicação dos princípios pelo intérprete, haveria a possibilidade de compatibilização entre eles.

A partir desta primeira consideração, adentra-se na segunda parte da teoria de Dworkin, através da qual o proeminente filósofo do direito considera que os princípios possuem uma dimensão de peso (*dimension of weight*), que se apresenta quando existente uma colisão de dois ou mais princípios. Assim, diante de uma situação fática, ocorrente uma colisão de princípios, o de maior peso (importância de acordo com a estrutura e ideologia contidos no texto constitucional) decide, sem que o princípio de menor peso se torne inválido. Os princípios, diferentemente das regras que determinam forçosamente o posicionamento decisório, fundamentam as decisões possíveis de serem tomadas, mesmo que opostas, apresentando assim base para uma ou outra decisão. Entre os princípios, na verdade, não haveria contradição, e sim confronto, sendo que o Tribunal Constitucional alemão denominou esta circunstância de *situação de tensão*.

3.3. A Teoria de Alexy

Segundo Alexy (1997), a teoria de Dworkin, conquanto a sua profundidade e qualidade dogmáticas, precipitariam a afirmação de que, doravante, deveriam ser tiradas consequências também para a teoria da argumentação jurídica, funcionando como limite à discricionariedade jurisdicional e aos voluntarismos exacerbados. Deve-se então partir do entendimento de que os princípios são *mandados de otimização*, e, portanto, determinam que algo deve ser realizado da melhor forma e em mais alto grau possível, de acordo com as possibilidades jurídicas e fáticas. Os princípios, em vista da sua abstratividade e grau de abertura, podem ser efetivados em diferentes graus, dependendo das possibilidades

existentes.

Elaborada então a distinção entre regras e princípios, conforme explicação de Heck (2003), adentrar-se-ia na necessidade de relacionar-se no interior de determinado ordenamento jurídico, os princípios existentes, bem como a primazia de uns em relação aos outros. Desta forma, segundo a concepção de Alexy (1997), os princípios, como mandamentos de otimização, possuem íntima ligação com aquilo que denominamos *valor*, e assim, o questionamento sobre a ordem de peso (primazia) entre princípios é uma questão de primazia também dos valores neles inseridos (sociais, humanitários, econômicos).

Para Alexy (1997), não é possível o escalonamento abstrato e prévio de valores (princípios), pois assim agindo, qualquer caso já estaria previamente decidido em prol do princípio que recebesse valor maior que o outro. Este resultado pode ser evitado se, além do escalonamento abstrato acima demonstrado, forem consideradas as intensidades de realização dos princípios, concluindo pela possibilidade de que os valores que eles expressam, sem determinar rigidamente determinado resultado, em dado caso, o influenciam. Extrai-se assim a ilação da existência de uma relação de primazia *prima facie* condicionada, sem que, entretanto, sob as mesmas condições, estatua-se sempre uma mesma decisão.

É o aspecto da otimização que explica o fato de, em determinada situação, um princípio tenha que recuar diante da aplicação de outro, sem que aquele tenha que ser considerado inválido e possibilita o reconhecimento da dimensão de peso da norma principiológica, diferentemente da dimensão de validade (pertinente às regras).

4. Implicações de Ordem Prática

Em que pese a profundidade e complexidade da teoria que reconhece a normatividade dos princípios constitucionais, já se percebe na prática jurídica em nosso país a sua aplicação em questionamentos judiciais sobre temas áridos e tormentosos, podendo-se antever inclusive a sua utilização futura. Em uma constituição de caráter prolixo, como a nossa, diversos princípios compõem a sua estrutura, muitos deles de sensível natureza ideológica contraposta.

Situações concretas e palpitantes como a implementação dos alimentos transgênicos, realização de aborto em caso de anencefalia, exame compulsório de DNA, a relativização da coisa julgada nas investigações de paternidade, reconhecimento de direitos aos homoafetivos, determinação de fornecimento pelo Estado de medicamentos gratuitos, transposição do Rio São Francisco, entre outras, podem (e devem) ser solucionadas mediante a aplicação de princípios constitucionais (dignidade da pessoa humana, direito ao conhecimento à filiação, igualdade, universalidade da saúde, equilíbrio do meio-ambiente).

A aplicação desses princípios não deve importar na exclusão completa de outros princípios que lhe sejam contrapostos, existentes na própria Constituição Federal de 1988, devendo-se basear a decisão a ser tomada através da ponderação dos valores neles inseri-

dos, com o fim de estabelecer-se o peso (importância) relativo de cada um dos princípios, à vista do caso concreto. É essa ponderação de valores, através de parâmetros objetivos e técnicos, juntamente com a necessidade de fundamentação das decisões judiciais, que impedem um voluntarismo exacerbado e desarrazoado no decisionismo judicial, para que não se tornem (a ponderação e a própria normatividade dos princípios constitucionais) fórmulas vazias e inaplicáveis.

É fundamental, portanto, explorar as potencialidades favoráveis da dogmática jurídica, cultivar a interpretação principiológica baseada em valores, na Ética e no humanismo, com o fim de aprimoramento do ordenamento jurídico e da própria realidade social.

5. Conclusão

Ao término da explanação acima realizada, algumas importantes ilações podem ser colacionadas, conforme exposição a seguir. O Pós-Positivismo, como contemporânea vertente filosófica do Direito, fundamenta a consolidação de uma nova hermenêutica constitucional, baseada no entendimento do caráter normativo dos princípios presentes nas constituições democráticas atuais, cultivando uma interpretação principiológica baseada em valores, no solidarismo e na dignidade da pessoa humana.

Superadas as posições ideológicas e filosóficas do jusnaturalismo clássico abstrato e do positivismo formalista e legalista, por outro lado, na esteira da doutrina de Hesse (1998), formulou-se o entendimento de que as constituições possuem caráter normativo, não se tratando somente de um sistema de idéias ou aspirações vagas, e assim, tanto as regras como os princípios nela inseridos devem obter normatividade, regulando (ou influenciando o regramento) do ponto de vista jurídico e, efetivamente modificando as relações da vida. A normatividade dos princípios possibilita a solução de casos de profunda complexidade, através da ponderação dos valores encontrados e pertinentes à situação estabelecida, mesmo que contrapostos, para que o valor de maior peso (importância), segundo a realidade de determinada sociedade, seja prevalecente, sem que isso imponha o sacrifício absoluto do princípio conflitante.

Em uma constituição pluralista e aberta como a nossa, em que interesses antagônicos de natureza diferenciada e subsistem no interior do sistema jurídico, é fundamental que eles possam conviver harmoniosamente, para que seja ultrapassada a idéia de que os princípios tenham somente função interpretativa subsidiária.

Não podem ser desconsiderados, na criação interpretativa dos juristas, princípios como o da dignidade da pessoa humana, do regime republicano, da democracia, da moralidade e eficiência administrativas, da liberdade de informação, da função social da propriedade, entre outros, visto que esses princípios possibilitam a construção de uma normativa constitucional consentânea e voltada para a consecução dos objetivos inseridos na Carta Magna de 1988, previstos no art. 3º (construção de uma sociedade livre, justa e solidária, o desenvolvimento nacional, a redução das desigualdade regionais e sociais e a promoção

do bem de todos, sem qualquer tipo de preconceitos).

6. Bibliografia

ALEXY, Robert. *Teoria de los derechos fundamentales*. Tradução Ernesto Garzón Valdes. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro: pós-normatividade, teoria crítica e pós-positivismo. In: GRAU, Eros Roberto; CUNHA, Sérgio Sérulo. (Coord.). *Estudos de direito constitucional em homenagem a José Afonso da Silva*. São Paulo: Malheiros, 2003.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 6. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2000.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução e notas Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

HECK, Luís Afonso. Regras, princípios jurídicos e sua estrutura no pensamento de Robert Alexy. In: LEITE, George Salomão. (Org.). *Dos princípios constitucionais: considerações em torno das normas principiológicas da Constituição*. São Paulo: Malheiros, 2003.

HESSE, Konrad. *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*. Tradução Luís Antônio Heck. Porto Alegre: Safe, 1998.

LEITE, George Salomão; LEITE, Glauco Salomão. A abertura da Constituição em face dos princípios constitucionais. In: LEITE, George Salomão. (Org.). *Dos princípios constitucionais: considerações em torno das normas principiológicas da Constituição*. São Paulo: Malheiros, 2003.